Allegatio 27 14 302 13

POR
D. FERNANDO
DE MESA Y QVINTANILLA, CAPELLAN DE LA CAPEllania que fundò Luysa de Mesa, de orden, y bienes de el Bachiller Fernãdo de Mesa Menacho su hijo.

CON

El Administrador del Hospital de la Ságre, como Patrono de el Patronasgo de Legos, que fundò Francisco de Cabrera.

1 

PARA inteligencia deste pleyto se supone en el hecho lo primero, que el dicho Administrador, como Patrono de el dicho Patronasgo, ante el Alcalde D. Leonardo Enriquez en 23. de Mayo del año passado de 639. executò a Diego Luis de Quiroja, como inquilino de unas casas de por vida, por la rẽta de nueve años y dos tercios, cumplida en fin de Abril del año de 639. en virtud de escritura, que presentò de arrendamiento de vidas, su fecha en primero de Abril de 632. Y assi mesmo de clausula del testamento del dicho Francisco de Cabrera, que fundò el dicho Patronasgo, y aceptacion de su administracion, su fecha en 19. de Abril de 633. y de un testimonio de la particiõ que se hizo entre el dicho Francisco de Cabrera, como marido de Isabel de Mesa, y Iuan Martin Menacho, y Bartolome de Cea, como marido de Geronyma de san Miguel, de los bienes que quedaron por fin y muerte de Luysa de Mesa, que la dicha particion se hizo por fin del año de 625. por el qual dicho testimonio parece aversele adjudicado a la dicha Isabel de Mesa las tres casas sobre q̃ es este pleyto, cõ cargo de 28U276 mrs. de tributo perpetuo en cada un año, pagados a ciertos señorios,

rios, y los veynte y tres mil duzientos y setenta y seis mrs. a la Cape llania, de que es Capellan el dicho D. Fernando de Mesa, que dize el Contador es de la cantidad que montò el remaniente del quinto de los bienes de la dicha Luysa de Mesa, apreciados con el cargo de los dichos tributos, en setecientos y veynte mil y setenta y nueve mrs. A la qual execució se opuso Domingo Martinez fiador del dicho Diego Luis de Quiroga, y presentò ciertas cartas de pago de aver pagado la renta de las dichas casas al dicho Francisco de Cabrera, y a Bartolome de Cea padre del dicho Capellan: y seis cartas de pago de otras tantas partidas distintas, que se pagaron, y cobrò el dicho D. Fernando de Mesa, como capellan de la dicha Capellania, de lo corrido hasta fin de Abril de 39.

2 Lo segundo se supone, que estando este pleito en este estado, por 8. de Febrero del año passado de 640. el dicho D. Fernãdo de Mesa, como capellan de la dicha Capellania, executò al dicho Diego Luis de Quiroga inquilino de las dichas casas, por dos tercios de la renta dellas, cumplidos por fin de Diziembre del año de 39. en virtud de una escritura de reconocimiẽto, que presentò, otorgada por el susodicho en primero de Iunio de 638. por la qual se obligò a pagarle la renta de las dichas casas, de que era inquilino, como a Capellan que era de la dicha Capellania. A q̃ se opuso Iuã de la Cruz, que sucedio en la segunda vida de las dichas casas, por dezir estava embargada la renta dellas.

3 Lo tercero se supone, que estando en este estado los dichos pleytos, el dicho Iuan de la Cruz por pagar a persona legitima, y escusarse de la molestia que le hazian los dichos dos acredores, que pretendian cobrar cada uno enteramente la rẽta de las dichas casas, pidio acomulacion de los dichos pleytos, y se mandaron acomular.

4 Lo quarto se supone, que estando acomulados los dichos pleytos, el dicho D. Fernando de Mesa y Quintanilla, como tal Capelã de la dicha Capellania, pidio que el dicho Iuan de la Cruz, a quien avia executado, como inquilino en la segunda vida de las casas que se arrendaron a el dicho Diego Luis de Quiroga, le pagasse la renta dellas: y assimismo Alonso Rodriguez *Duran*, y *Diego* de la Peña, inquilinos de las otras dos casas de la dicha Capellania, cuya renta avia embargado el Administrador del Hospital de la Sãgre, por ser como eran dote de la dicha su Capellania, en que el dicho Hospital de la Sangre no tenia derecho alguno; para lo qual presentò el testamento que otorgò Fernando Martin Menacho, padre del dicho Ba

chiller

chiller Fernando de Mesa Menacho, debaxo de cuya disposiciõ mu rio en 21. de Noviembre del año passado de 1611. por el qual declara, que las dichas tres pares de casas sobre que se litiga, y otras tres, pertenecian al dicho Bachiller Fernando de Mesa Menacho su hijo, por averse comprado con el dinero que le avia remitido de Indias. Y un codicilo, en donde dize, que administre los dichos bienes que pertenecen al dicho su hijo, la dicha Luysa de Mesa su muger. Y en un testamento otorgado por el dicho Bachiller Fernando de Mesa en 3. de Mayo de 616. debaxo de cuya disposicion murio, en q̃ declara aver remitido a los dichos sus padres ocho mil pesos de a 8. Reales de plata: y de los seis mil dellos manda que se funde una Capellania por la dicha Luysa de Mesa su madre: y los dos mil pesos restantes, se diessen los mil dellos a Isabel de Mesa muger del dicho Francisco de Cabrera: y los otros mil a Geronyma de S. Miguel, muger de el dicho Bartolome de Quintanilla. Y asimesmo se presenta clausula del testamento q̃ otorgò la dicha Luysa de Mesa su madre en 18. de Abril del año passado de 624. por la qual parece funda la dicha Capellania, y la dota de las dichas tres pares de casas, y nombra por Patronos de la dicha Capellania al dicho Frãcisco de Cabrera su yerno, e a Isabel de Mesa su hija: y nombrò por Capellan a el dicho Fernando de Mesa su nieto. Y testimonio de una escritura que otorgò la dicha Luysa de Mesa, por la qual por contrato entre vivos, aprovò la dicha Capellania, y su dotacion, y quiso se sirviesse y cantasse desde 1. de Mayo de 624. en adelante, lo qual se executò assi en vida de la susodicha. Y asimismo presentò un pedimiento, que el dicho Bartolome de Cea, como padre, y legitimo administrador del dicho D. Fernando de Mesa hizo por 20. dias del mes de Diziembre del año passado de 625. ante el Provisor deste Arçobispado, en que pidio se adjudicasse al dicho su hijo, como a capellan nombrado en la dicha capellania, y diesse mandamiento para tomar la possession de los bienes della, en cuya virtud la tomò: y despues pidio mandamiento de amparo, y se le mandò dar, y fue amparado en la dicha possession, por el dicho tiempo. Y asimesmo presentò tres reconocimientos otorgados por los tres inquilinos de las dichas casas en favor de dicha capellania, y del dicho D. Fernãdo de Mesa como su capellã, por 14. de Enero de 626. y la colacion q̃ de dicha Capellania se hizo, y possession q̃ tomò despues que el dicho Capellan tuvo edad competente, por 2. del mes de Iulio del año passado de 638. Con los quales recaudos, y los que presentò en el dicho pleyto executivo, y cartas de pago q̃ presentô

Do-

Domingo Martinez, de q̃ se à hecho mencion, pretẽde el dicho D. Fernando de Mesa aver probado, q̃ las dichas tres pares de casas pertenecen a la dicha capellania, y la possessión de ellas, y que assi se le avia de mandar pagar su rẽta, y alçar los embargos en ella fechos.

5 Lo quinto se supone, que aunque el dicho Administrador se escusò de responder derechamente, porque dixo avia pleyto pendiẽte sobre lo mesmo ante el Eclesiastico, por autos de vista se mandò que el Alcalde procediesse contra los dichos inquilinos, y les obligasse a pagar la renta de las dichas casas, a quien le tocasse.

6 Lo sexto se supone, que despues de el dicho auto, el dicho Administrador pretendio que la renta de las dichas casas se le avia de pagar al susodicho, como Patrono del dicho Patronasgo, porq̃ las dichas casas le tocavan a la dicha Isabel de Mesa muger de el dicho Francisco de Cabrera, por aversele adjudicado en pago de su legitima, cõ cargo de otros tributos, y de pagar a la dicha Capellania los dichos 23U276. mrs. a que se reduxo, por no caber, como no cabia en el quinto de los bienes que dexò la dicha Luysa de Mesa, la qual no pudo perjudicar en mas cantidad a sus hijos, segun constava del testimonio de particion que se á referido, las quales aviendolas dado en arrendamiento de por vidas, y posseido, por su testamẽto las adjudicaron al dicho Patronasgo, lo qual avia consentido, y tenido por bien Bartolome de Cea, padre del dicho Capellan; el qual de licencia y orden del dicho Administrador, avia administrado las dichas casas, y cobrado su renta, para hazer pago a la Capellania del dicho su hijo, de los mrs. que le tocavan, y acudir con el resto a el dicho Administrador, y que en este pleyto no se avia de tratar de la propriedad de las dichas casas, sino de la possession en que estava el dicho Patronasgo, y no el dicho Capellan. Y presentò clausula de testamento de la dicha Isabel de Mesa, y del dicho Francisco de Cabrera, en que fundaron el dicho Patronasgo por Março del año passado de 630. en que le adjudicaron las dichas tres pares de casas. Y assimismo un testimonio de un pleyto que se sigue ante el Eclesiastico entre el dicho Capellan y el dicho Administrador, en que parece que el dicho capellan pidio, que el dicho Administrador como persona que entrò y sucedio en los bienes del dicho Francisco de Cabrera Patrono que fue de la dicha capellania, diesse relacion jurada de la renta que avia cobrado de las dichas casas, dote de la dicha capellania, y mostrasse averla pagado al dicho capellan desde el año de 625. donde no, fuesse cõdenado a ello; y aver puesto la mes

ma

ma demanda a Bartolome de Cea ſu padre, del tiempo que admi-
niſtrò las caſas de la dicha capellania, como perſona q̃ ſucedio en el
Patronaſgo della a el dicho Franciſco de Cabrera. El qual reſpõdio
aver pagado la renta de la dicha capellania, de el tiempo que admi-
niſtrò las dichas caſas, y el dicho Adminiſtrador declinò juriſdi-
cion diziendo, que el dicho juez Ecleſiaſtico no podia conocer deſ
ta cauſa, por ſer eſempto de ſu juriſdicion. Sin embargo de lo qual
el dicho juez le mandò apremiar con cenſuras, a que dieſſe la dicha
relacion jurada dentro de cierto termino, y ſin cõteſtar el dicho pe-
dimiento, apelò ante el Nuncio de ſu Santidad, donde eſtá pendiẽ
te. Y por el dicho teſtimonio parece, que el dicho Bartolome de
Cea preſentò un ajuſtamiento que dize aver hecho cõ el dicho Ad
miniſtrador de todo lo que avia cobrado de la renta de las dichas
caſas, en que parecio quedar deviẽdo haſta fin del año de 1637 no-
vecientos y treze Reales: con el qual dicho teſtimonio ſe trata de
probar dos coſas, lo uno el dicho pleyto pendiẽte: y lo otro, que el
dicho Bartolome de Cea adminiſtrava las dichas caſas, y cobrava
ſu renta de cõſentimiento del dicho Adminiſtrador. Y aſsimeſmo
preſentò teſtimonio de un pedimiento que hizo el dicho D. Fernã-
do contra el dicho Adminiſtrador, ante el juez Ecleſiaſtico, preten-
diendo no le inquietaſſe la poſſeſsion que tenia de cobrar de las di-
chas caſas, dote de la dicha ſu capellania, como lo pretendia, tratan-
do de cobrar de ſus inquilinos: del qual dicho pedimiento parece
averſe deſiſtido el dicho D. Fernando.

7 Lo ſeptimo ſe ſupone, que por parte del dicho D. Fernando de
Meſa ſe replicò, que ſin embargo de lo dicho, ſe le avia de mandar
pagar la renta de las dichas caſas, por tocar en propriedad y poſſeſ-
ſion a la dicha ſu capellania, las quales no fueron del dicho Franciſ-
co de Cabrera, ni de la dicha ſu muger, ni las poſſeyeron como ta-
les, ni de Luyſa de Meſa ſu madre, conforme a lo qual no ſe pudie-
ron reputar por herẽcia ſuya, ni partir entre ſus herederos, por aver-
ſe comprado con el dinero del dicho Bachiller Fernando de Meſa
Menacho, y para el ſuſodicho, y averſe dotado con ellas la dicha cà
pellania, mucho antes que muriera la dicha Luyſa de Meſa ſu ma-
dre, por eſcritura de contrato, q̃ otorgò en ſu favor. Contra lo qual
no obſtava la litiſpendencia que ſe alegava del pleyto Ecleſiaſtico,
porque en el no ſe tratô de la propriedad, ni de la poſſeſsion de la di
cha capellania, ſino que el dicho capellan pidio cuenta al dicho Ad-
miniſtrador, como ſucceſſor en la hazienda del dicho Franciſco de

Cabrera, y a Bartolome de Cea su padre, Patronos de la dicha Capellania, de la renta que de ella avian cobrado como tales. Y menos le obstava el ajustamiento de quentas que se referia aver hecho cõ el dicho Administrador el dicho Bartolome de Cea, porq esto no era cierto, ni podia perjudicar al dicho capellã: y presentò para prueva de la dicha su alegacion, un testimonio de una escritura otorgada por el dicho Fernando Martin Menacho, en favor del dicho Bachiller Fernando de Mesa Menacho su hijo presbytero, por la qual declara aver comprado el susodicho, y de sus dineros proprios las dichas tres pares de casas, por precio de 2400. ducados, y un traslado de una escritura, que otorgò en la villa imperial del Potosi, Iuã de Mota, de camino para los Reynos de España, de recibo de seys barras de plata ensayadas, q le entregò el dicho Bachiller Fernando de Mesa, para dar, y entregar en esta ciudad al dicho Fernando Martin Menacho su padre. Y presentò dos testimonios, el uno de una escritura de carta de pago, que otorgaron el dicho Bartolome de Cea, y la dicha Geronyma de S. Miguel su muger, en q̃ confessaron aver recebido de la dicha Luysa de Mesa, los un mil pesos, que por su testamento le avia mandado el dicho Bachiller Fernando de Mesa Menacho su hermano: y el otro testimonio de una demanda que le pusieron los dichos Bartolome de Cea y su muger, al dicho Francisco de Cabrera, para que les pagasse los otros un mil pesos, que avia recebido, y le mandò a Isabel de Mesa su muger, el dicho Bachiller Fernando de Mesa su hermano, por aver muerto sin hijos la dicha Isabel de Mesa, y aver sucedido en ellos la dicha Geronyma de san Miguel, por aver sido el lagado con esta calidad, conque pretende probar, que la dicha Luysa de Mesa madre del dicho Bachiller Fernando de Mesa, y las dichas Isabel de Mesa, y Geronyma de san Miguel sus hijas, todas avian consentido, aprovado, y executado la disposicion del testamento del dicho Bachiller Fernando de Mesa.

8 Lo otavo se supone, que cõ estas, y otras alegaciones se recibio la causa à prueva, y el dicho Don Fernando de Mesa averiguò con quinze testigos, como el dicho Bachiller Fernãdo de Mesa avia embiado a su padre el dinero, y barras que se à referido, de lo qual se compraron las dichas casas, y otras possessiones, y como se avia fundado la dicha capellania, adjudicadosele, y colado, y tomado possession de ella, y de las dichas casas, y que como Patrono de la dicha capellania, las avia administrado el dicho Francisco de Ca-

brera

brera, y despues de su muerte, el dicho Bartolome de Cea, como persona que sucedio en el dicho Patronasgo, y como padre, y legitimo administrador del dicho capellan, y como el dicho D. Fernādo de Mesa, como tal capellan, estava en possession de cobrar la renta de las dichas casas, de que tambien consta por los recaudos presentados, de que se á hecho mencion.

9 Lo nono se supone, que por parte del dicho Administrador se pretendio provar, que el dicho Bartolome de Cea padre del dicho capellan, que sucedio en el Patronasgo de la dicha capellania al dicho Francisco de Cabrera, cobrava la renta de las dichas casas por permission del dicho Administrador, para pagar la renta que tocava a la dicha capellania, y lo demas al dicho Administrador, con quien se ajustavan de cuentas, sobre lo qual dizen algunos testigos variamente, y de oydas.

10 Lo ultimo se supone, que concluso el pleyto, el Alcalde lo determinò difinitivamente, mandando, que el dicho capellan cobrasse veynte y tres mil duzientos y setēta y tres mrs. en cada un año de la renta de las dichas casas: y el resto de la renta dellas a el dicho Administrador, como Patrono de el dicho patronasgo. Y en quanto a quien pertenece la propiedad de las dichas casas, retuvo su derecho a salvo a las dichas partes, para que pidieran su justicia. De la qual dicha sentencia se apelò por parte del dicho capellan, agraviandose de no le aver mandado pagar toda la renta de las dichas casas, por ser propria de la dicha capellania, que estava en la possession dellas, como parecia de los autos: y el dicho Administrador pretendio le confirmasse, porque en este pleyto no se avia de tratar de la propiedad de las dichas casas, sino de la possession. Con lo qual estando concluso, se confirmò la dicha sentencia en vista: de la qual se à suplicado, y por las mesmas razones que el dicho capellan tiene alegadas, pretende se enmiende, y que se le mande pagar toda la renta de las dichas casas. Y la parte del dicho Administrador, que se confirme, insistiendo en la possession que dize tiene, y que de ninguna manera se á de tratar de la propiedad para la determinacion de este pleyto, sino solo de la dicha possession, y está concluso para determinar el revista.

DOMINVS ILLVMINATIO MEA.

11 SVpuesto el hecho que se à referido, parece justa la pretension del dicho D. Fernando de Mesa y Quintanilla, de cobrar toda

la

la rẽta de las dichas tres pares de casas, por ser dote de la dicha su capellania, a quiẽ pertenecẽ, en q̃ no uvierõ derecho alguno, ni possession el dicho Francisco de Cabrera, e Isabel de Mesa su muger, ni le tiene el Patronasgo que fundaron, de que es preciso se trate en este pleyto, en el qual concurren dos, que pretenden ser dueños de las dichas casas, pretendiendo el dicho capellan cobrar toda su renta: y el Administrador, que tan solamẽte à de cobrar los dichos 23ษ273. mrs. y que lo demas le toca a el dicho Patronasgo por estar en la possession de las dichas casas, y de percebir, y cobrar su rẽta, y no aver estado, ni estar en ella el dicho capellan. Y para proceder con mas claridad, se reduzirà todo este discurso a tres articulos: En el primero se probarà lo que toca a la propiedad, y como deve y puede en este pleyto tratarse della. En el segundo, todo lo tocãte a la possessiõ. Y en el tercero y ultimo, que no perjudican al dicho capellan los pedimiẽtos que hizo ante el Eclesiastico, para obtener en este pleito.

ARTICVLO PRIMERO.

12 COsa cierta es, que a la dicha capellania toca la propiedad destas casas, porque como se à dicho en el hecho deste pleyto, se compraron con dinero del dicho Bachiller Fernando de Mesa, que la mandò fundar, no solo en la cantidad que se fundò, sino de seys mil pesos de plata, por aver executado su voluntad la dicha Luysa de Mesa su madre, y averla fundado por su testamento, y despues por un contrato entre vivos, aunque no se uviera passado adelante, y entregadole su possession, quia solo titulo transitur dominium in Ecclesiam. l. fin. C. de sacros Eccles. ubi communiter DD. Anton. Gom. in. l. 45. Taur. num 91. quanto mas aviendose eregido, adjudicado, y colado al capellan, y tomado possession de las dichas casas, por lo qual regularmente se adquiere el dominio de los bienes inmuebles. l. traditionibus. C. de pactis inter empt. l. traditionib. ff. de adquir. rer. dom. §. per traditionem inst. de rer. divit. cum vulgatis Anton. Gom. in d. l. 45. Taur. num. 4. el qual por ser de bienes Eclesiasticos residet penes Christum Dominum, & non penes capellanum, Alex. in. l. 1. §. municipes. ff. de adquir. poss. num. 8. Peregrin. de fideicom. art. 48. num. fin. Marcus Ant. Genuen. in pract. Eccles. q. 135. num. 5. Solorsano de iur. Ind. lib. 3. cap. 11. n 11.

13 Contra lo qual no obstará dezir, que la dicha Luysa de Mesa no pudo hazer la dicha capellania en la dicha cantidad del valor de las dichas

dichas tres caſas, por ſer en perjuyzio de la legitima de ſus hijos, por cuya cauſa juſtamente el cõtador que hizo la particion, la reduxo a los 23U276, mrs. que reſtaron del quinto de ſus bienes: ni menos el dicho Bachiller Fernando de Meſa ſu hijo, en perjuyzio de la ligitima de la dicha ſu madre, por cuya herencia ſus herederos las pudieron ocupar, y dividir entre ſi.

14 Porque ſe reſponde a eſte argumento, que el padre no eſtá prohibido de donar ſus bienes en perjuyzio de la legitima del hijo, ni el hijo los ſuyos en perjuyzio de la del padre, antes en virtud de las donaciones que hazen, paſſa el dominio y poſſeſsion, tomandola el donatario, aunque eſtan ſujetas a reſindirſe, o reduzir a la cantidad de que pudieron diſponer, quãdo el intereſſado lo pide, y dize de inoficioſas, gl. in. l. 1. C. de inoffic. don. ibi. *ideoque licet infirmetur voluntas per hanc querelam remanet tamen dominij translatio per traditionẽ facta.* Barboſa in Colect. d. l. 1. num. fin.

15 Y aunque lo eſtuviera, y no uviera adquirido el dominio deſtos bienes, la Igleſia adquirio ſu poſſeſsiõ, por la aver tomado y adquirirſe al donatario que la toma, etiam ex contractu nullo, l. 1. §. ſi vir uxori. ff. de adquir. poſſeſ. l. quod uxor, eod. tit. l. 1. §. deijcitur. ff. de vi & vi armata. l. ſi donante. ff. de donationib. inter. Gom. in l. 45. Taur. n. 23. Mediante lo qual, y por averlas donado en ſu vida por contrato entre vivos, en execucion de la voluntad de el dicho ſu hijo (y aunque fuera por ſi) y tomado dellas poſſeſsion el capellan (y aunque no la uviera tomado) las dichas caſas no fueron herencia de Iſabel de Meſa, ni ſus herederos pudieron tomar poſſeſsion dellas, Oldrad. conſ. 139. num. 9. Alex. conſ. 83. Anton. Gom. in l. 45. Tauri, num. 158. Surd. conſ. 263. n. 5. Y ſi ſe ſintieron agraviados de la fundacion de la dicha capellania, por no averſe podido hazer en perjuyzio de ſus legitimas, devieron impugnarla, diziendo ſer donaciõ inoficioſa, l. precibus. 3. l. filius tuus. 4. C. de inoffic. donat. Donell. in comm. cap. 11. lib. 19. Barb. in Collect. ad has. ll. conviniendo al capellan poſſeedor deſtos bienes en el fuero Ecleſiaſtico, Menoch. de addipiſcenda poſſ. rem. 4. num. 475. Matta caſ. 159. per totum, de iuriſdict. 4. p. cẽt 2. Grat. cap. 238. num. 94. Barb. l. hæres abſens, §. proinde. ff. de iudicijs. num. 31. Bobadill. lib. 2. cap. 18. num. 165. Montalegre in praxi cap. 9. num. 44.

15 Y no pudieron los dichos herederos ocupar las dichas caſas de ſu autoridad, ni el dicho contador deshazer la dicha capellania ſin mandado de juez competente, y por el miſmo caſo perdierõ el de-

recho que a las dichas casas pretendian tener. l. creditores. 7. ff. ad legem Iuliam de vi privata, Bursato cons. 9. num. 20. Mercurialis Merlin de legit. lib. 5. tit. 4. q. 8. num. 2. ni privar a la Iglesia de el dominio y possession que en ella se le avia adquirido. l. 2. C. de inoffic. testam. ibi. *Quamuis de inofficioso testamento occurrente bonorum possessione accepisse proponas, tamen scriptis hæredibus auferre possessionem in ciuile est.* Barbos. in Collect. ibi. *Bonorum possessio causa litis agnoscendæ non tribuit ius, & huius virtute scriptis hæredibus auferri non potest possessio.* Lo qual tanto mas procede en nuestro caso, que en el de la dicha ley, por ser mejor titulo el de donatario, que el de heredero.

18 Y porque si impugnaran la dicha donaciõ, fueran excluydos, como oy lo deven ser, porque aviendose fundado esta capellania por la dicha Luysa de Mesa, de bienes del dicho Bachiller Fernando de Mesa su hijo, como consta de los autos deste pleyto, pues para este efeto remitio a sus padres ocho mil pesos de plata; y no de sus propios bienes, no aviendole impugnado la susodicha, diziendo que el dicho su hijo no la avia podido mãdar fundar en perjuyzio de su legitima, sino executado su voluntad, quedò firme, l. parentibus. 8. §. de inoffic. testam. l. 6. tit. 8. p. 6. ubi Gregor. glos. verb. querellarse. Agnovisse enim videtur, qui quale iudicium defunti comprobabit, ut inquit Paulus in. l. fin. ff. de inoffic. testam. D. Castillo ex multis lib. 5. cap. 107. lo qual es la mejor aprobacion, quia facta magis voluntatem declarant quam verba. l. si tamen. §. is qui servum. ff. de edilit edit. Lancelot. de atent. 2. p. limit. 2. num. 91. Lo qual pudo hazer la dicha Luysa de Mesa en perjuyzio de los demas sus hijos; Gutier. in cap. quamvis pactum de pactis, verb. quamvis num. 15. Anton. Gom. in. l. 22, Taur. n. 3. Azeved. in l. 3. tit 8. lib. 5. Recop. Menoch. cons. 944. num. 42. sin q̃ lo pudiessen impugnar, D. Castillo lib. 5. cap. 64. & c. 107. Y lo que mas es, de sus acreedores, Grat. cap. 55. num. 1. Cancerio tom. 1. cap 3. num. 69. D, Castill. tom. 5. controv. cap. 112. num. 21. D. Iuan de Larrea, decis. 55. num. 1.

19 Y quando no lo uviera podido hazer, quedò aprobada la dicha capellania, porque los dichos Frãcisco de Cabrera, y Bartolome de Cea, y las dichas sus mugeres, cobraron cada una su legado de mil ducados, que el dicho Bachiller Fernando de Mesa les hizo en el testamento, donde fundò la dicha capellania, d. l. parentib. C. de inof. testamento, dict. l. 6. tit. 8. part. 6. ibi. *En qualquiera manera que otorgasse, o consintiesse el fijo, o el nieto en el testamento en que le ouiessen desheredado, assi como si le ouiessen dexado manda en el a otro alguno, que fuesse en su poder, e las*

e las recibiesse, o si el fuesse abogado, o persovero en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas, o consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante de estas, no podria despues querellarse para quebrantar el testamento, nin deue ser oydo.

20 Y porque siendo como es cosa cierta, sobre que no se à puesto, ni puede poner duda, que el dicho Bachiller Fernando de Mesa tenia en poder de los dichos sus padres ocho mil pesos de plata doble, que les remitio de las Indias en ocho barras de plata; como lo declaran en sus testamentos, y se prueva con la obligacion del maestre de plata que las truxo, y prueva de testigos, y declaracion que hizo por escritura publica el dicho Fernando Martin Menacho, de q̃ avia comprado las dichas casas con dinero del dicho su hijo, luego que las comprò, quando no tuviera de caudal mas que los dichos ocho mil pesos, pudo disponer de mas de dos mil y seyscientos pesos, que importava el tercio de sus bienes, y valiendo estas casas dos mil y quatrocientos ducados de vellon, que es lo que costaron, ya se vè que la fundacion de la dicha capellania no excede de los bienes, de que pudo disponer: y quando excediera en algo, aviendola fundado la dicha Luysa de Mesa, tambien se avia de sacar del quinto de sus bienes, de que pudo disponer en perjuyzio de sus hijos, el qual solo montò, conforme al testimonio de particion por la parte contraria presentado, 23ꝟ276. mrs. de renta, que su principal monta 465ꝟ520. Por manera que la dicha capellania sin llegar a las legitimas de la dicha Luysa de Mesa, que le tocò por muerte de su hijo, ni a las que tocaron a las dichas Geronyma, e Isabel de Mesa por muerte de la dicha su madre, se pudo fundar de valor de mas de los dichos dos mil y seysciẽtos pesos de plata, y de los dichos 465ꝟ520 de vellon: conque por ningun camino parece que se puede impugnar, ni recindir, ni reduzir a menos valor del que la hicha Luysa de Mesa la fundò, que es mucho menos de el que pudo. Cõ lo qual parece queda bastantemente probado, q̃ la propiedad de estas dichas casas pertenece a la dicha capellania, y no al dicho Patronasgo.

21 Y que pueda del derecho de propiedad tratarse en este pleyto, y reconocerse, para que la renta de las dichas casas se le mande pagar al verdadero dueño, y no al que no lo es, aunque dellas tuviera possession, que es la segunda parte deste articulo, es cosa cierta, aũque estuviessemos en un juyzio possessorio, por aver liquidado, y averiguado con evidencia el derecho de la propiedad que la dicha capellania tiene de las dichas casas, como se à visto, Aimon cons. 248.

num.

num.3. y 4. Gratian. discept. forens. cap.238.num.33.ibi. *immo neque esset pronunciandum super possessorio quando sunt liquidata iura petitorij.*

21 Y porque quando notoriæ aparet de dominio spoliantis impeditur restitutio in spolio ad evitandos innanes circuitus in dando & statim restituendo, ut considerat Parisius cons.53.num.115. Gabriel de restit. spoliator. conclus.1.n.52.y 84. Farinac.decis.116.post h.n.3. & quia restitutio, & aliud interdictum possessorium non datur in iusto possessori adversus dominum, ex multis Rodrig. de redditib. lib.1.q.17.num.23. Cancer. variar. lib.1. cap.18. num.32. quando notoriamente consta de los autos, como en nuestro caso: y en particular estádo el dicho capellan y capellania en la possession de percebir, y cobrar la renta de estas dichas casas, sin vicio, ni violencia alguna, como adelante se dira, ut notat Cancer. ubi supra n. 34.

22 Y por ser, como es tercero, que sale a impedir la restitucion que la otra parte pretende contra los inquilinos de las dichas casas, porque dize, que le niegan pagar su renta, estando en possession de cobrarla, ex eo quod si tertius compareat contra spoliatum agentem ut ante omnia restituatur, & objiciat rem esse suam restitutionem fieri spoliato impedit, restitutoriæque sententiæ executionem, ex Bart. Abbat. Mising. Alex. Menoch. Rubeo, Ripa, Guid, Papa, Iacob. Nobell. Ceballos q.116, de les fuerças, n.16. Cancerio cap.16. lib.2.num.89. el qual aviendo propuesto la question, y citado muchos Autores, la resuelve, ibi *qui omnes concludunt pendente iudicio possessoris inter spoliatum & spoliantem posse tertium comparere, & agere petitorio ad rem consequendam quia tunc cessat causa privilegij spolij adversus dictum tertium.*

23 Para lo qual es preciso que se trate y reconosca qual es señor, el despojado que pretende ser restituydo, y que se le pague la renta de las dichas casas: o el tercero, que contradize la dicha restitucion, y pide que se le pague a el, decis. Rotæ Roman.20.in tit. de rest. spol. in novis Menoch. cós.488. el qual resuelve, q̃ deve el tercero ser oydo, y conocerse de su dominio que opone, y determinarse, ora se oponga en juyzio de propiedad, o de possession, num.18. ibi. 5. *confert a fortiori quod maior est ratio ut tertius proponens ius dominij impediat, et differre faciat iudicium possessorium, quam petitorium inter duos collitigantes spoliatum scilicet, & spoliatorem motum nan ut supra admonui petitorium nititur iure communi, iureque firmiori ex quo ubi constat de ipso dominio cessat omnis contentio de possessione & nil est quod objici possit ipsi tertio opponenti, & deducenti ius suum dominij*. Faquineo controv, lib,1.cap.5, ibi. *exis-*

timo

timo enim tertium comparentem, ac se opponentem audiendum quidem, & admittendũ esse, & si meliorẽ causam habuerit rem illi adiudicandam fore: pro quo est Triphonin.tex.expres.in l,bon.fides 31.ff.depositi,ib. *incurrit hic & alia inspectio bonã fidẽ inter eos tantũ inter quos cõtractum est nihilo extrinsecus assumpto æstimare debeamus an respectu etiam aliarum personarum ad quas id quod geritur pertinet, exempli loco latro spolia quæ mihi abstulit deposuit apud Seium insium de malitia deponentis, utrum latroni an mihi restituere Seius debeat. Si per se dantem, accipientemque intuemur hæc est bona fides, ut cõmissam rem recipiat is qui dedit. Si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto cõtinguntur impletur mihi reddenda sunt, quæ facto scelestissimo adempta sunt & hanc probo esse iustitiam quæ suum cuique ita tribuit ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore petitione.* Cuius ratio decidendi ea est, ut notat Antonio Fabro, ibi. *Ea enim iustitia est que suũ cuique ita tribuit ut non distrahatur ab ullius personæ iussiore repetitione, idest, ut nemo alius sit, qui eam repetere ius suis posuit.* La qual puede ser de nuestro caso, pues ninguna cosa mas justa, y llana de equidad se puede considerar, que la que esta parte pretende, por la qual si sale la sentencia, se acaba este pleyto, por ser como es, dueño su capellania de estas casas: y si contra el, determinandole no por la propiedad, sino por la possession que la otra parte pretende tener, se origina, y ocasiona un nuevo pleyto Eclesiastico de grandissima vexacion y costa, que o no le seguirá el capellan con persona tan poderosa y litigiosa, que usa de tantas dilatorias, huyendo la verdad y punto principal: o quedará destruydo, si le sigue, a que no se deve dar lugar. Assi lo discurrio Menoch. cons. 488. num. 20. ibi. *est etiam equitati consentaneum nequis frustralitibus, & impensis fatigetur cap. finem litibus,* &c. *conuenit etiam equitati ne (ut dixi supra) iuditia reddãtur elussoria porro in casu nostro nisi prius diffiniatur causa dominij tertij in iuditio interuenientis non erit quam primum finis litium, sed contentio adhuc (ut est manifestum) perdurauit si vero feratur sententia pro domino Marchione super dominio cessauit omnis lis super possessione illorum collitigantium ita pariter cessabunt impensæ omnes nõ etiam reddetur elussorium aliquod iuditium sicuti redderetur si prius feratur sententia super possessorio quia lata deinde sententia pro domino Marchione super petitorio euanesset ius omne possessionis alterius collitigantium, qui in eo sententiam retulit.* Y es conforme a la l. fin. tit. 17. lib. 4. recopil. Por lo qual por escusar los pleytos, y daño de las partes, se mandan determinar cõforme a la verdad que dellos resultare probada, y no conforme a las sutilezas, y apices de derecho.

24 Y para que este articulo quede probado, y difinido, es buen lu-

gar en caso mas apretado que el nuestro, el q̃ refiere el doctissimo Antonio Fabro lib. 3. tit. 22. difinit. 8. cuyas palabras son: *Petebam à te ex conuentione dimidiam partem fructuum fundi Titiani quem tu a me conductum habebas, & colueras, cum tu soluere recusares, eoque nomine lis inter nos penderet liti interuenit Sẽpronius contendens suum esse fundum ex eaq; causa petit inhiberi fructum exportationem quousque de iure suo cognitum fuisset dicebam agere me ex contractu, & in personam ideoque Titium pretextu dominij intercedere non posse, quandoquidem nihil commune habeat quæstio dominij cum personali obligatione tu cõtra non posse te fructus mihi tuto soluere quos alius suos diceret, neque rursus cogendum æstimationem præstare quã non promisseras si fructus ipsos præstare non posses præsertim cum non æstimatio, sed fructus ipsi in obligatione essent et consequẽter in petitione pronunciatũ est de illo prius cognoscendũ, & inquirendum esse, an ad me, an ad Semproniũ fundus ille Titianus pertineret ut sciri posset utri tu eos præstare deberes neq; enim dubitare poterat quia ad eum expectarent cuius esset fundus cum non seminis, sed soli & dominij iure acquirantur, itaque si ad Semproniũ fundus pertineret consequens fieret, ut fructuum ex eo perceptorum portio mihi sine causa promissa videretur cumque promissionis tuæ alia causa non fuerit quam quod fundum meum esse dicerem non est alienum, ut tamen si agam ex obligatione disputetur tamen de dominio non inter nos quidem, sed inter me & Sempronium propter Sempronii interuentionem nam etsi de possessione recuperanda tecum agerem & allius interuenire vellet, dominijque quæstionem proponeret ad, mitendus esset.*

ARTICVLO SEGVNDO.

25 QVE esta capellania y su capellan, imo quod Eclesia, & Christus Dominus, tẽgan la possesion de estas casas, dote della, y que la otra parte no la tenga, y todo lo que toca al juyzio possessorio, es lo que se á de probar en este articulo, la qual conclusion es manifiesta, si se atiende a que despues que la fundò la dicha Luysa de Mesa, se erigieron en bienes espirituales, y adjudicaron a el capellan, y despues se la colaron; de las quales por este titulo se dio, y tomò possession y amparo quieta y pacificamente, sin contradiciõ alguna, como cõsta del hecho q̃ se à referido, que probatur per actualem aprehensionem, Faranat. decis. 539 posth. tom. 2. Y por los reconocimientos que los inquilinos de las dichas casas le an fecho. l. qui universas. § quod per colonum. ff. de adquir. poss. & glos. ibi, & communiter DD. Ant. Gom. in l. 45. Taur. num. 67. Menoch. de retinend. posses. rem. 3. n. 561. Bellam. decis. 104. Afflict. decis. 321.

Farin-

Farinac. decis. 471. num. 3. posth. 2. tom. Y por aver cobrado, y estar cobrando el capellan la renta de las dichas casas de sus inquilinos, que an presentado diferentes cartas de pago, Farin. decis. 310. posth. tom. 2. num. 3. ibi. *De exactione autem pensionis constat ex instrumento, qui tantis per pensionarium factæ quod instrumentum bene probat huiusmodi quasi possessionem ad effectum manutentionis Menoch. de retin. rem. 3. num. 57. & fuit sæpissime decisum*, Caputaqueri de. 343. p. 2. Cens. de censib. decis. 241. num. 1. & dec. 210. num. 2. Ricio colect. 1507. ex multis Postio, observ. 35. num. 1. & 2. De todo lo qual ay instrumentos en este pleyto, como son los autos de la ereccion, adjudicacion, y colacion, y possession, y amparo, que se dio, y tomò el capellan: y quatro reconocimientos de los inquilinos, y seis cartas de pgo: todo lo qual tambien lo à probado con testigos. Por manera, que ex omni genere probationis habet suam intentionem, & possessionem probatam.

26 La qual possession continuata presumitur, usque in presentem diem, aunque no se probara por los dichos reconocimientos y paga ad efectum obtinendi manutentionem. l. sive posidetis, & ibi glos. & DD. C. de probat. Abbas in c. cum ad sedem num. 15. de restitut. spoliat. Farin. decis. 129. posth. num. 4. Surd. cons. 73. num. 47 aunque estuvieramos en terminos della.

27 Contra lo qual no obstaria dezir, que la presumpcion de que el dicho capellan està en la possession de las dichas casas, y de cobrar su renta, cessa, por aver probado la otra parte, que el dicho Bartolome de Cea, de orden, y consentimiēto del dicho administrador, cobrava la renta de las dichas casas, para hazer pago a la dicha capellania de la parte que le tocava, y acudir cō lo demas al susodicho, quia posidere non presumitur, qui olim possedit quando cōstat medio tempore alium posidisse, Afflictis decis. 394. num. 1. Menoch. de retinend. possess. remed. 3. n. 557. Surd. cons. 173. n. 106. en virtud de la adjudicacion que se hizo de las dichas casas a la dicha Isabel de Mesa muger del dicho Francisco de Cabrera, en la dicha particion, de que resulta, que quien ultimamente se halla en la possession de las dichas casas es el dicho administrador, que deve ser manutenido en ella.

28 Porque se responde, que este no es pleyto sumarissimo de manutencion, Menoch. de retinend. possess. remed. 2. num. 10. Postio, ex multis observ. 3. a num. 26. sino de concurso de dos litigantes, q̄ pretenden ser dueños de las dichas casas, y estar en su possession; y

que

que deven los inquilinos ser apremiados a pagarle su renta, negando el uno el dominio y possession del otro: de todo lo qual se à disputado, recibiendole a prueva ordinariamente, y devido disputar, ut docet Anton. Faber, d.lib.3. C. tit.22.diff.8. y se prueva de los demas lugares que traximos art. 1. num. 23. y conforme a el auto de revista, en que se mandò que el Alcalde procediesse en este negocio a hazer pago de la renta destas casas, escusandose la otra parte de responder a el pedimiento de esta. Con lo qual todos los argumentos y fundamentos que trasladando a Postio, se traen en orden a la dicha manutencion, no son del intento.

29 Pero quando estuviessemos en el juyzio sumarissimo de manutencion, es cierto que esta parte devia obtener, y ser manutenida en la possession de las dichas casas, por serlo, como se à dicho sup. art. 1 num. 12. que luego que se donaron las dichas casas a esta capellania, y erigieron en bienes espirituales, y se tomò possession dellas, se adquirieron en propiedad y possession a la Iglesia, adonde sin ninguna intermission se conserva, aũque ayan faltado los Patronos de la dicha capellania, y faltassen los capellanes, sin hallarse vacante un solo momento, Ponte de spol lib.3. c.9. n.149. Rodean. de spol. Eccles. q.7. n. 35. Tusc. verb. possessio, concl.406 n 66. & 422. n.4. Rot. divers. dec.19. n.8. p 2. Seraph. dec.1497. Postio de manut. obser.73. n.112. ibi. *ratio autẽ supradictorũ est quia possessio bonorũ & iurium beneficij vacantis est penes Ecclesiam tanquã personam fictam & representatã*, Surd. cons.183. num.38. ibi. *ideo dicimus quod bona Ecclesiæ nunquam dicuntur vacare licet Prelatus moriatur, atento quod Ecclesia semper possidet Bald. in l. fin. C. de edito D. Adrian. Tolled. Paris. cons.24 num.8. vol. 1. & possessio bonorum Ecclesiæ transit in Prelatum successorem sine noua apprehensione Bart. & alij in. l. cum haredes. ff. de adquir. poss. Paris. d. cons.24. num.7. cum pluribus citatis a d. Beccio cons. 77. num.3. possessio enim residet penes Ecclesiam, quæ cum semper viuat non patitur quod possessio possit vacare*. Vel Christo Domini, ut ex alijs notat D. Solorsano de iure Indiar. lib.3. cap. 11. num.11. ibi. *quod dominium, & possessio rerum Ecclesiæ est penes Christum, non autem penes Prelatum*, Cencio de censib.2. p. c.2. q.5. art.2. n. 11. ubi de quasi possessione exigendi censum videndus ex multis, quos refert Postio observ.55. num, 90.

30 Y no teniendo el Patrono, ni Capellan el dominio, ni possession destos bienes, sino siendo un procurador, o administrador, ut notat Gracian. discept. forens. cap.238. num.5. ninguna negligencia, ni confession suya puede causar daño a la Iglesia facta extra, & absq;

necess-

necaſsitate iudicii, & non precedente iuſſu iudicis. l. certum. §. ſed metipſos de confeſſ. Suid. deciſ. 326. num. 4. ex Bart. Paulo, Sarmiē to, Farinac. et alijs in terminis Barb. de poteſt. Epiſc. alleg 125. a n. 3. ni quitarle ſu dominio y poſſeſsion, que ſe conſerva en ella, aunq̄ el dicho capellan la uviera dexado, y entregado a otro, text. eſt expreſſus in. l. fin. C. de adquir. poſſeſſ. ibi. *difinimus ut ſiue ſeruus, ſiue procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quiſpiam alius per quem licencia eſt nobis poſsidere corporaliter nactam poſſeſsionem, cuiuſcunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit, vel deſidia forte, vel dolo, ut locus aperiatur alij eandem poſſeſsionem detenire nihil penitus domino periuditij generetur.*

30 Con lo qual ceſſa el otro arguméto que ſe haze, de que el dicho capellan permitio que ſe deshiziera la dicha capellania, y entrar al dicho Franciſco de Cabrera en la poſſeſsion de las dichas caſas, y q̄ ſu padre cobrara la renta della, de orden del dicho adminiſtrador, y que ſea confeſſado deſpojado; demas de q̄ no conſta de tal, y quando conſtara, menos podia perjudicar al dicho capellan, por ſer menor, y eſtar debaxo de la patria poteſtad, que no lo podia contradezir.

31 Y conſervandoſe eſta poſſeſsion en la Igleſia, ſin ninguna intermiſsion, ni vacante, quando la otra parte mañoſamente ſe uviera introduzido en la natural, pudiédo eſta recuperarla de ſu propia autoridad, Tuſc. verb. poſſeſsio concl. 400. num. 43. y 45. Cancerio variar. reſolut. 2. p. cap. 7. n. 44. Peregr de fideicom. art. 47. num. 26. Menoch. conſ. 2. n. 151. Poſtio ex alijs, obſerv. 1. num. 63. in tract. de manut. ibi. *ciuilem poſſeſsionem retinendo, naturalem occupatam recuperare & occupatorem deijcere propria authoritatē quia hoc dicitur remouere turbationes:* mas bien devia, y deve ſer manutenida, Poſtio ubi ſupra, deciſ. 128. num. 2. ibi. *unde ſtante illorum anteriori poſſeſsione, & retentione ciuili veniunt manutenendi prout latius hæc iure comprobantur in d. deciſione.* Et obſurv. 16. num. 31. videndus, & deciſ. 112. num. 7. & deciſ. 216. num. 4. ex multis, & in noſtro caſu D. Solorſano de iure Indiar. c. 11. lib. 3. num. 12. ibi. *quod efficit ut Eccl. ſia ubicunque orta fuerit quæſtio ſuper horum bonorum occupatione, & pretenſione fundatam habeat, quo ad ipſa ſuam intentionem, & debeat in illis manuteneri etiam in ſummariſsimo remedio, quod vocatur interim, vel ex ſola aſsiſtentia iuris communis cap. cū perſone de preuil. lib. 6. Mariſcot. lib. variar. cap. 11. num. 1. Gratian. diſcept. forenſ. cap. 441. num. 22. & cap. 870. num. 8. & cap. 890. num. 18.* aunque uviera faltado el primero capellan, y ſucedido otro, Poſtio obſerv. 55. num. 90. ibi. *ſecundus caſus eſt quoad poſſeſsionem bonorum, & iurium*

ipsius Ecclesiæ dignitatis, vel officij, & hoc casu dicendum est manutentionem dari ex sola possessione antecessoris postquam ipsæ successor aprehendit possessionem Ecclesiæ dignitatis officii, quod comprobat ex multis, quanto mas siendo el primero a quien se colò esta capellania, y que tomò possession de las dichas casas, el que pretende conservarse en ella.

32 Y porque quando lo dicho no procediera con la llaneza que se à visto, esta parte no solo se hallava quando este pleyto se movio, en la possession civil destas casas, sino en la natural, cobrando su renta, de q̃ se muestran 6. cartas de pago, hasta fin de Abril del año passado de 1639. siendo ansi, que bastava la ultima, para que se juzgasse posseedor, aunque fuera sola, Farin. decis. 310. posth. tom. 2. & decis. 624. num. 1. ex multis Grat. discept. Forens. cap. 113. Leonard Everardus de censib decis. 213. & 235. & 244. & 245. & 290. Por lo qual, y porque la otra parte no se hallava en esta possession, pues executò por nueve años, y dos tercios de lo corrido de la renta de las dichas casas, cumplidos por fin de Abril del año passado de 639. regularmente devia la dicha capellania y capellan, ser manutenido, ex multis videndus Postio de manut. observ. 18. n. 34. ibi. *Ex unica, itaque solutione fructum census adquiritur, & probatur quasi possessio censum exigendi, atque debetur ex ea manutentio,* siédo como es, el ultimo que cobrò, Postio ubi proxime, ex multis num. 47. ibi. *declara tertio prædicta habere locum in unico actu, qui fuerit ultimus, & postremus, & constituat ultimum statum.*

33 Y porque la otra parte no á tenido possession de las dichas casas en ningun tiempo, porque demas de estar ocupada por la Iglesia, como se à dicho, en virtud de la fundacion, y colació de la dicha capellania, y possession q̃ tomò el capellan, no à tenido titulo, ni causa bastante para tomarla, ni la pudo tener en la adjudicacion que se le hizo por el cõtador en la particion de los bienes de Luysa de Mesa, sin citacion del dicho capellan, por ser ninguna, como se á probado. Mediante lo qual, no deve ser manutenido, sino la Iglesia, y capellan, quando (como se á dicho) no tuvieran mas que la civil, q̃ nunca an dexado, Postio decis. 37. num. 4. ibi. *quæ quidem possessio cũ præsumatur continua videtur consequenter danda manutentio, non obstante quod vigore sententiæ cõfiscationis officialis dicti excellentissimi Ducis se intruserint, quia cum dicta sententia non justificetur ex actis & ipsi Diomedes et Petrus non habuerint se prospoliatis, & eiusdem possessionem animo retinuerint sequitur quod per viam manutentionis possint agere ad recuperationem possessionis naturalis.* Et decis. 112. num. 7 & observat. 16. num. 31. ex multis

tis: ni perdido, quando la otra parte se uviera introduzido en la natural, por averlo hecho con notoria nulidad, Farin.decis.158. tom. 1. posth.

34 Y porque quando se uviera introduzido en la dicha possesion, siendo en virtud de titulo tan notoriamente nulo, y careciendo absolutamente de derecho, como consta de los autos deste pleyto, y de lo que se à dicho en el articulo primero, sin que sobre esto necessite de mas disputa, ni prueva, no podia ser manutenido, antes se devia revocar el despojo que en tal caso uviera hecho, l.1. ff. uti possidetis. l. improba. C. de adquir. posses. ex Menoch. Boccat. Paris. Rodrig. Gratian. Honded. Seraph. Marchie. Scacia, Cancer. & ex alijs multis Postio observ. 42.n.137. ibi. *Sed postquam constat in promptu euidenter absque alia disputatione de iustitia possessionis, seu de illius violentia clamdestinitate, vitio, improbitate, dolositate, vel de spolio, seu possessorem esse furem, vel predonem, seu intrusum, non est huiusmodi possessori danda manutentio, sed spolium est purgandum & possessio reuocanda*; porque como dize Franc. Milanenc. dec.3. nu. 175 nec lex intendit tueri vitiosum possessorem, y porque como notan Cancer. cap.14. num.56. y Scacia de sent. & re iudic. glos. 14.n.98. alias si quis in possessione etiam iniusta defenderetur daretur occasio delinquendi. Via calumnijs pateflieret temerarij foverentur litigatores & notoria fieret iniustitia.

35 Y porque quando el dicho Francisco de Cabrera y su muger, se uvieran introduzido en la possession de las dichas casas en su vida, esta despues de su muerte vacò, glos. in. l. sicut. §. fin. ff. quod cuiusque universitatis, Bartol. in.l. 1. §. municipes. ff. de adquir. possess. Surd. consil. 160. num.5. y no se transfirio en el dicho patronasgo, y administrador por solo el titulo de heredero, o legatario, sin ningun acto de aprehension. l. cum hæredes, ff. de adquired. posses. Anton. Gom. in. l.45. Taur. n.88. & si fuisset Ecclesia, Postio obser. 55. n. 30. Ni tampoco por dezir, que el dicho Bartolome de Cea cobrò, i administrò las dichas casas, de consentimiento del dicho administrador: porque demas de que para que le pudiera por esto adquirir al dicho administrador y patronasgo possession, era necessario especial mandato. l. communis servus. ff. de adquir. possess. §. 2. Postio observ.55. num.121. cosa que no se muestra en este pleyto, no parece aver cobrado a su nombre, y en virtud de su poder. §. penult. instit. per quas personas. l. 1. C. eodem. l, 1. §. per procuratorem. ff. de adquir. posses. Postio ubi sup. num.24. por no aver dado ninguna carta de pago a nombre del dicho administrador, y como

mo su procurador, a los inquilinos; antes de lo contrario, por aver cobrado, y dadolas a el suyo propio, lo qual se presume que hizo como patrono de la dicha capellania, por ser mejor y mas propio titulo, que no en el ageno, l. filius famil. §. divi ubi. DD. ff. de leg. 1. l. Titia ff. de solut. ex Alex. Bal. Roland. Menoch. Surd. cons. 19. num. 7. & cons. 94. num. 35. & 74. num. 7. Y porque los actos, por donde se prueva la possessión de que se pretende manutencion, an de ser concluyentes y univocos, y no indiferentes, e equivocos, Gracian. discept. forens. c. 113. num. 67. Ciriac. controv. for. lib. 1. cont. 10. num. 51. Postio observ. 49. num. 516. *quemadmodum neque fundatur neque probatur possessio, vel quasi manutenibilis ex actibus possessorus generalibus, & equiuocis, seu obscuris neque ex dubia & equiuoca probatione.* Y porque el heredero no puede pedir manutencion de la possessiõ que tenia el difunto, Menoch. de retinenda, rem. 3. num. 55. Postio observ. 55. num. 23. no tiene derecho para pedirla el dicho patronasgo, y administrador, que en ninguna manera à mostrado, ni provado un tan solo acto de aprehension, siendo ansi, que la deve probar real y actual, el que pretende manutẽcion, ex multis Postio observ. 15. num. 2. sino que solo â pretendido probar que el dicho Bartolome de Cea cobrava por su permission, lo qual no basta.

36 Con lo qual, aunque estuviessemos en pleyto de manutencion sumarissimo, y no en un pleyto ordinario de concurso, como se à dicho, devia esta parte obtener, y se le devia conceder la dicha manutencion, y no a la contraria.

ARTICVLO TERCERO.

37 DOs pedimientos parece aver fecho esta parte, ante el Eclesiastico el uno, para que el dicho Bartolome de Cea su padre, como tal, y patrono desta capellania, y el dicho administrador, como patrono de la obra pia, que instituyô por su heredera Francisco de Cabrera, patrono primero que fue de la dicha capellania, le diessen cuenta con pago, de su administracion, y de la renta que avian cobrado de las dichas casas, durante su menor edad.

38 Y el otro, para que el dicho administrador no perturbasse al dicho capellan en la possession en que estava de cobrar y gozar la renta de las dichas casas, dote de su capellania, de que está desistido, y ninguno parece estar contestado, porque el dicho administrador à dicho tener fuero previlegiado, y no los dever contestar ante el juez ordinario

ordinario Eclesiastico, aunque se le mandò lo hiziesse, de que tiene apelado, que por no tener justicia en lo principal, siempre se á valido y vale de dilacion, para que gastado el dicho capellan, no prosiga este pleyto. De los quales pedimientos, no puede formar excepcion de litispendencia para este.

39 Lo primero, porque esta excepcion es dilatoria. Bal. in cap. fin. de controvers. feud. Paz in praxi tom. 1. part. 1. 5. temp. num 81. Bursato con. 74 num. 120. Y aviendose opuesto por la otra parte, para no responder al pedimiento que hizo el capellan, y para que no se prosiguiesse este pleyto, por auto de revista se mandò que el Alcalde procediesse contra los inquilinos, y les obligasse à pagar la renta de las dichas casas a quien le tocasse: con lo qual quedò vencida, y no se puede bolver a oponer, Bursato ubi supr. num. 120, ibi. *quod cum ista exceptio litis pendentiæ sit plusquam dilatoria debuit opponi in principio, nec nunc amplius opponi post sententiam, ut optime fuit responsum.*

40 Lo segundo, porque nemo se potest iuvare exactu quem expresse impugnavit, cap. ex eo de regul. iur. in. 6. cap. cum olim, ubi Abbat. num. 6. de cens. l. Papinian. §. meminisse. ff. de inoffic. test. Surd. cons. 151. num. 93. ni de el pleyto que no quiso contestar, ex Felin. Anton. Gabriel, Henric. Lanceloto, 2. p. cap. 4. limit. 2. n. 90. ibi, *quod is qui litem impugnauit non potest illius pendentiã allegare*. Y aviẽdo dicho la otra parte, que no devia contestar, ni responder a los dichos pedimientos, y conviniendo està con ella, en que no responda, desistiendose, ya no ay pleyto pendiente, pues no lo puede prosegir el juez, no lo queriendo hazer las partes de cuyo consentimiento se empessò: por el qual es fuerça que no se prosiga, o se acabe, ex regula nihil tam naturale, l. 36, ff. de regul. iur.

41 Lo tercero, porque en este pleyto solo se trata de que se le pague a esta parte por los inquilinos, la rẽta de las dichas casas, por ser dote de su capellania, y que sean apremiados a ello, sin embargo de la contradicion del dicho administrador, que como se à probado, ni tiene dominio, ni possession en ellas: sobre lo qual no â avido, ni ay pleyto pendiente en otro tribunal, porque los pedimientos hechos ante el Eclesiastico, son sobre cosa diferente, como se á dicho. Cõforme a lo qual, no puede valerse de excepcion de litispendentia alguna, Bursato cons. 74. num. 117. ibi. *secundum dubium de litis pendentia preuentione facta in ciuitate, Antuerpia ultra alias resolutiones ipsius magnifici primo scribentis tollitur ex eo quod cum fuerit actuum illic ad exhibitionem librorum & rationum, ut rationes ipsæ calcularentur, & supputarentur,*

 et

& calculus Mantuam transmitteretur certe illud iudicium non potuit facere ut non potuerit ipse debitor conueniri in ciuitate Mantuæ, ad solutionem debiti cum non proprie possit dici litem pẽdere Antuerpiæ, quandoquidem tunc exceptio pendentiæ litis locum sibi vendicat cum exceptio rei iudicatæ in una pariat exceptionem rei iudicatæ in altera iuxta doctrinam Bart. in. l. fundũ. ff. de exceptionib. ita declarat Bald. in cap. fin. de controu. feud. Soccin. consil. 109. Vol. 2. Decio consil. 460. num. 8.

42 Lo ultimo, porque quando este fuera juyzio de manutencion sumarissimo, como la otra parte le llama, por lo mesmo no obstava la dicha excepcion de litis pendẽtia de qualquiera juyzio de propiedad, o possession plenario, por ser propio deste remedio, & de iure ita, ut iura omnia clament, ut possessor litependente manuteneatur, ut ex pene infinitis authoritatibus, & decisionibus observat Postio de manutentione, observ. 2 num. 9.

43 Ex quibus infertur, ser dueño la dicha capellania y capellan, de estas casas, y que està en su possession: y que la otra parte no la a tenido, ni tiene, ni derecho alguno notoriamente a ellas. Conforme a lo qual deve esta obtener, y se le deve pagar su renta enteramente, y enmendarse las sentencias deste pleyto, quier estemos en un juyzio de concurso, quier de possession plenario, o sumarissimo, porque no ay excepcion de litis pendentia, ni otra, por donde se le impida quanto quiera que el dicho patronasgo sea causa pia, quia non debet unum altare detegi, vel disco operiri, ut aliud tegatur, vel cooperiatur cap. cum causam de prebend, l. fin. §. sed siquis, & ibi Bald. C. comm. de leg. d. Solorsano de iur. Indiar. lib. 3. cap. 21. num. 50. Salvo in omnibus, &c.

Doctor Bernal Carrillo.

